



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der XXXXXXXXXXXXX GmbH,
XXXXXXXXXXXXXXXX,
XXXXXXXXXXXXXXXX

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:
XXXXXXXXXX Rechtsanwälte,
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

gegen

die XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX,
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX,
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX Rechtsanwälte,
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

wegen Vergabe der Entwicklung und Installation eines Patientendatenmanagementsystems und Lieferung von Panel-PCs - Lösung „ehealth Patientenportal“

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die Vorsitzende XXXXXXXXXXXX, den hauptamtlichen Beisitzer XXXXXXXX und den ehrenamtlichen Beisitzer XXXXXXXXXXXX am 16.05.2017 beschlossen:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens.
3. Die Verfahrensgebühren werden auf 2.725,- € festgesetzt.
4. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und -vertretung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Mit europaweiter Bekanntmachung vom 10.01.2017, korrigiert durch Berichtigungs-bekanntmachung vom 13.01.2017, hat die Antragsgegnerin die Vergabe einer „Lösung ehealth Patientenportal“ im offenen Verfahren ausgeschrieben. Der berichtigte Auftrag umfasst die Entwicklung und Installation eines Patientendatenmanagementsystems für eine Laufzeit von zunächst fünf Jahren. Die Vergabeunterlagen wurden elektronisch auf einer Plattform zur Verfügung gestellt.

Auftragsgegenstand ist die Einführung eines Patientenportals für ein Online-Terminbuchungs- und Terminmanagementsystem mit Dokumentenaustauschfunktionalität und Customer Relationship Management. Dazu wurde ein Portal als vorzugsweise fremdbetriebene Komplettlösung verlangt, das in die klinischen Primärsysteme oder Outlookkalender der Antragsgegnerin integriert werden kann. Nach einer dreimonatigen Projektphase sollte gestaffelt über die Vertragslaufzeit der Mengenrollout in 105 Kliniken/Ambulanzen/Instituten und 50 Arztsitzen der Antragsgegnerin erfolgen.

Die Antragsgegnerin hat verschiedene Anforderungen an die Eignung und deren jeweiligen Nachweis gestellt, die sich aus dem Kapitel 3 des Anforderungskataloges sowie der Checkliste zur Beurteilung der Eignung ergaben. Wegen der Einzelheiten wird auf die entsprechenden Unterlagen (sowie S. 5/6 der Antragschrift) verwiesen.

Im Anforderungskatalog fragte die Antragsgegnerin die Anforderungen an die anzubietende Lösung detailliert ab.

Insgesamt konnten im Anforderungskatalog 1.200 Punkte erreicht werden. Diese verteilten sich auf das Leistungskapitel 1 zu fachlichen Anforderungen (bis zu 850 Punkte) und das Leistungskapitel 2 (bis zu 350 Punkte). Beim überwiegenden Anteil der Anforderungen (1.060 Punkte) sollte der Erfüllungsgrad der angebotenen Lösung durch die Bieter angekreuzt werden. Als weitere Kategorie enthielt der Anforderungskatalog 22 Konzeptfragen, mit denen insgesamt 140 Punkte erreicht werden konn-

ten. Zu den Konzeptfragen sollten die Bieter Erläuterungen/Lösungen/Konzepte vorstellen.

Zudem gab es im Anforderungskatalog abgesehen von den Anforderungen an die Eignungsnachweise 21 K.O.-Kriterien, welche zwingend erfüllt sein mussten.

Die Antragstellerin reichte am 24.02.2017 ihr Angebot ein.

Mit Vorabinformationsschreiben vom 20.03.2017 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, den Zuschlag auf das Angebot der Fa. XXXXXXXXXXXX erteilen zu wollen. Hinsichtlich des Angebots der Antragstellerin teilte die Antragsgegnerin weiter mit, dass es im Preisteil teurer sei als das der XXXXXXXXXXXX und dass die Antragstellerin bei der Bewertung des Leistungskataloges auf Platz 3 liege. Mit Schreiben vom 22.03.2017 bat die Antragstellerin um ergänzende Informationen. Die Antragsgegnerin antwortete mit weiterem Schreiben vom 27.03.2017, in dem sie ergänzend ausführte. Daraufhin brachte die Antragstellerin unter dem 29.03.2017 eine Rüge aus.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 30.03.2017 hat die Antragstellerin Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gestellt. Die Vergabekammer hat der Antragsgegnerin den Antrag noch am gleichen Tag übermittelt.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, ihr Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet.

Sie ist der Ansicht, sie hätte bei der Bewertung der Zuschlagskriterien Anforderungskatalog und Preis nach den bekannt gemachten Maßstäben den ersten Platz belegen müssen. Das Angebot der XXXXXXXXXXXX sei wegen deren fehlender Eignung auszuschließen. Die XXXXXXXXXXXX sei zudem auszuschließen, da ihre Beteiligung den Wettbewerb unzulässig verzerre.

Wegen der zahlreichen Vorwürfe im Einzelnen wird auf die Ausführungen in der Antragschrift (dort S. 14 bis 33) verwiesen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, den gerügten Vergaberechtsverstößen abzuwehren sowie das Verfahren nur unter der Voraussetzung der Abhilfe der Vergaberechtsverstöße fortzuführen,
2. ihr Akteneinsicht gemäß § 165 GWB zu gewähren,
3. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen und
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,

2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin notwendig war und
4. den Antrag auf Akteneinsicht zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin vertritt die Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei sowohl unzulässig als auch unbegründet.

Der Antragstellerin fehle es bereits an der Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 2 GWB, da ihr Angebot auszuschließen sei.

Hinsichtlich der für die Leistungserbringung geforderten Schnittstelle des zu beschaffenden Systems zum Klinischen Arbeitsplatzsystem XXXXX der Antragsgegnerin biete die Antragstellerin eine Lösung an, die gegen geltendes deutsches Datenschutzrecht verstoße, indem die Patientendaten in das System der Antragstellerin importiert würden.

Hinsichtlich der weiteren Ausführungen, insbesondere zur Unbegründetheit des Antrags, wird auf die Schriftsätze der Antragsgegnerin, namentlich ihre Replik vom 06.04.2017, verwiesen.

Ergänzend wird auf die Verfahrensakte sowie die Vergabeakten dieses Verfahrens Bezug genommen.

Die Vergabekammer hat von der Regelung des § 166 Abs. 1 S. 3 GWB Gebrauch gemacht, wonach bei Unzulässigkeit des Antrags nach Lage der Akten entschieden werden kann.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

Die Antragstellerin ist mangels Darlegung einer Rechtsverletzung (§ 97 Abs. 6 GWB) nicht antragsbefugt im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB.

Denn ihre Geltendmachung verschiedener vermeintlicher Vergabeverstöße beruht ausschließlich auf spekulativem Vortrag, der eine Nichteinhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB nicht zu begründen vermag. Die Beweisangebote der Antragstellerin laufen allesamt ins Leere; der Antrag erfolgt ins Blaue hinein.

Es reicht insoweit nicht aus, wenn sich der Antragsteller damit begnügt, pauschale Vermutungen zu äußern, ohne diese mit konkreten Fakten zur Rechtfertigung seines

Vorwurfs eines Vergaberechtsverstößes zu unterlegen (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 16.05.2001 – Verg 24/01).

Die Beweisangebote der Antragstellerin, wenngleich zahlreich, halten einer Überprüfung durch die erkennende Kammer nicht stand. Die Überprüfung ergibt vielmehr, dass entweder nur auf die Vergabebedingungen als solche verwiesen wird oder allgemeine bzw. verallgemeinerte Informationen aus öffentlich zugänglichen Quellen aufgeliefert werden, welche als solche keine Belege liefern, sondern die Kammer ggf. erst zur Ermittlung eines etwaigen Verstoßes bewegen sollen. Zum Teil besteht überhaupt kein Bezug zwischen den angeführten Beweismitteln und dem Vortrag, für den letztere als Beweis dienen sollen.

Die hohe Anzahl der aneinandergereihten – und im Ergebnis nur formal unterlegten – Spekulationen machten eine eingehende Überprüfung durch die Kammer im Zeitpunkt der Entscheidung über die Übermittlung des Antrags praktisch unmöglich, da der Antrag erst am Nachmittag des letzten Tages der Informations- und Wartepflicht zur Prüfung vorlag und der Wahrung des Primärrechtsschutzes vorrangige Berücksichtigung einzuräumen war. Hätte die Kammer bereits nach Einreichung des Antrags die zeitliche Möglichkeit der Überprüfung der Beweisangebote gehabt, so wäre bereits die Übermittlung des Antrags unterblieben.

1.¹ Die Behauptung, das Angebot der XXXXXXXXXXXX sei nicht gemäß den in den Vergabeunterlagen bekannt gemachten Wertungskriterien bewertet worden (vgl. Nachprüfungsantrag S. 14 ff. bis S. 25) beruht, wenngleich in erheblicher Breite dargestellt, in allen Unterpunkten auf Spekulationen und ermangelt der erforderlichen Substantiierung.

Im Einzelnen ist zu den aufgelisteten Verstößen bzw. deren Herleitungen anzumerken:

- Der Vorwurf der Antragstellerin, bei der XXXXXXXXXXXX würden Änderungen/Stornierungen dem Buchenden nicht, wie in Ziff. 1.3 Zeile 61 des Anforderungskataloges als KO-Kriterium vorgegeben, automatisch über seine Kommunikationskanäle (SMS, E-Mail) bestätigt, kann den zum Beleg angeführten Dokumenten „Benutzerhandbuch Beizuladende“ (dort S. 8) sowie dem Verweis auf die Plattform der XXXXXXXXXXXX (Anlage 16 zum Nachprüfungsantrag, nachfolgend NPA) nicht entnommen werden. Keines der beiden Dokumente verhält sich zu der Behauptung der (untechnisch) Bedingung des Kaufs eines Guthabenpakets, so dass der Vorhalt ohne jeden Tatsachenkern rein spekulativ ist.

- Die Ausführungen zu den Punktwertkriterien auf S. 16 NPA, wonach die XXXXXXXXXXXX nach öffentlichen Informationen nicht im Standard über mehrere im Anforderungskatalog abgefragte Funktionen verfüge, bleiben pauschal und unsubstantiiert. Die sodann erstmals aufgestellte Behauptung, wonach die Antragsgegnerin die XXXXXXXXXXXX wettbewerbswidrig bevorzuge und ihr im Verfahren Vorteile und Einfluss verschafft habe, findet in den zum Beweis angebotenen Dokumenten, u. a. dem Angebot der Antragstellerin, keinerlei Stütze.

Das betrifft ausdrücklich auch die Konkretisierungen („insbesondere“) der vermeintlichen Mängel auf den Seiten 17 ff NPA:

¹ Vorliegende Nummerierung 1. – 3. orientiert sich an der entsprechenden Struktur der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag (dort B. II. S. 14 – 33).

- Der Umstand, dass die Antragstellerin das Nichtanbieten der Sprache „Chinesisch“ mit der Konsequenz des Abzugs der Maximalpunktzahl gleichgesetzt, obwohl die XXXXXXXXXXXX die übrigen Sprachen anbietet, zieht sich durch die nachfolgenden Betrachtungen der Antragstellerin. Unklar ist insoweit, inwieweit dieser Aspekt bei der Wertung keine Berücksichtigung gefunden haben soll, soweit dieses überhaupt behauptet wird.
- Bei den Doppelbuchungen argumentiert die Antragstellerin mit aufeinanderfolgenden Terminen, für die es durchaus Gründe geben kann. Auch hier ist die Maximalpunktzahl nicht dargetan, wie auch der Umstand der mangelnden Berücksichtigung durch die Antragsgegnerin.
- Auch die Ausführungen zu zwei weiteren automatischen Kommunikationsfunktionen (Anforderungskatalog Ziff. 1.3, dort Zeilen 5 und 6; s. S. 18 NPA) sind unsubstantiiert. Insoweit gilt das Gleiche wie bereits oben beim vermeintlich nicht erfüllten KO-Kriterium (erster Anstrich) ausgeführt: die zum Beweis angeführten Anlagen 15 und 16 zum NPA tragen den Vorwurf nicht; der Vorwurf ist rein spekulativ.
- Selbiges gilt für den Vortrag zu XXXXXXXXXXXX (S. 19 NPA). Als Beweis soll hier lediglich die Anforderung selbst dienen. Diese sowie das ebenfalls als Beleg angeführte Angebot der Antragstellerin kann aber schwerlich die pauschale Behauptung unterlegen, wonach die Antragstellerin das einzige Unternehmen ist, welches bereits über eine Schnittstelle zum System XXXXX verfügt.
- Auch die Anforderung des Angebots einer generischen Kalenderlösung ohne Synchronisierungsnotwendigkeiten bleibt hinsichtlich eines behaupteten Wertungsfehlers unklar. Inwieweit die Anforderung bei den Primärsystemkalendern faktisch nicht zu erfüllen sein soll, erschließt sich aus den als „Beweis“ dargelegten Unterlagen (die Fundstelle im Anforderungskatalog und ein Abruf der Plattform der XXXXXXXXXXXX [!]) nicht.
- Hinsichtlich der bidirektionalen Kommunikation lässt sich aus dem als Beleg angefügten Screenshot das Fehlen der Kommunikationsmöglichkeit „Patient an Portal“ nicht nachweisen. Unklar ist zudem, inwieweit dieser Aspekt bei der Wertung keine Berücksichtigung gefunden haben soll.
- Eine negative Angabe zu der Frage nach der Möglichkeit, ob Patienten Dokumente an den Behandler bzw. an das Primärsystem übermitteln können, lässt sich der Belegstelle nicht entnehmen.
- Die Behauptung, wonach die XXXXXXXXXXXX keine Videosprechstunden mit Patienten anbiete, findet bereits in der angegebenen Fundstelle des Benutzerhandbuchs der Beizuladenden keinen Beleg.
- Auch der Vortrag der Antragstellerin, demgemäß das Angebot der XXXXXXXXXXXX bezüglich der Accounts schlechter zu bewerten sei und ihre werbenden Angaben nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprächen (S. 20/21 NPA), wird lediglich spekulativ in den Raum gestellt und ohne Beleg behauptet.

- Ebenso entbehrt der Vortrag zu der Frage nach den Forderungen an die Latenzzeiten bei der Kommunikation zwischen Client und Server jedes belastbaren Belegs für die Behauptung, dass die Lösung der Antragstellerin angeblich deutlich schneller arbeite.

- Der Vortrag zu der App Lifecyclemanagement findet in der Fundstelle des Benutzerhandbuchs der XXXXXXXXXXXX keine Stütze. Wieso das Konzept der Antragstellerin deutlich besser zu bewerten sein soll als das der XXXXXXXXXXXX, erschließt sich aus dem pauschalen Vortrag nicht.

- Auch das Vorbringen der Antragstellerin zu „Weitere Punkte (beide Leistungskapitel)“, S. 23 NPA, stellt lediglich die pauschale Behauptung auf, dass das Angebot der XXXXXXXXXXXX weitere Anforderungen nur in einem geringen Grad oder gar nicht erfüllen kann. Zum Beweis ist hier lediglich der Anforderungskatalog selbst benannt sowie, ohne jedwede Konkretisierung, die Plattform der XXXXXXXXXXXX. Eine Plausibilisierung dieses Vortrags geschweige denn Substantiierung fehlt vollständig.

- Soweit die Antragstellerin im Rahmen der Wertung weiter bemängelt, im Freitextfeld „Volltextsuche“ der XXXXXXXXXXXX sei eine Freitextsuche gerade nicht möglich, trägt sie bereits nichts dazu vor, dass dieses von der Antragsgegnerin nicht entsprechend bewertet worden wäre.

- Gleiches gilt für die Servicezeiten (S. 22 NPA), wobei hinzu kommt, dass jedenfalls nach dem von der Antragstellerin selbst vorgelegten Beleg der Plattform der XXXXXXXXXXXX von dieser ein längerer Anwendersupport zur Verfügung gestellt wird.

- Auch die Ausführungen zum Kriterium „Preis“ (S. 23-25 NPA) ermangeln einer hinreichenden Substantiierung. Die bloße Feststellung, dass die Preise der XXXXXXXXXXXX unter den „Listenpreisen“ liegen, begründet keinen Vergabeverstoß. Die sodann angeführte Möglichkeit, die XXXXXXXXXXXX habe ihren Preis in Kenntnis der Preise anderer Bieter bilden oder ändern können, wird lediglich in den Raum gestellt und nicht mit Beweisangeboten versehen.

Insbesondere die in diesem Zusammenhang aufgestellte Behauptung, in das Angebot der XXXXXXXXXXXX seien die für den SMS-Versand anfallenden Kosten nicht eingerechnet worden (S. 25 NPA), lässt sich keinem der vier angeführten vermeintlichen „Beweise“ entnehmen.

2. Auch die Behauptung, die XXXXXXXXXXXX erfülle nicht die mit dem Angebot nachzuweisenden Eignungsanforderungen (vgl. Nachprüfungsantrag S. 25 - 27) entbehrt einer Substantiierung und beruht auf Spekulationen.

- Die Behauptung, die XXXXXXXXXXXX verfüge nach öffentlich verfügbaren Informationen weder über eine Zertifizierung eines Qualitätsmanagementsystems nach DIN EN ISO 9001 noch nach einer solchen gleichwertiger Art (S. 26 NPA), ermangelt, gerade mit Blick auf die Erfüllung der Eignungsanforderung durch eine gleichwertige Zertifizierung, an der erforderlichen Substantiierung. Auch hier gibt die Antragstellerin - zum wiederholten Mal - als „Beweis“ gänzlich unzureichende Quellen an: zum einen die bloße Nennung der unstreitigen Anforderung in der Checkliste Unterlagen zur Beurteilung der Eignung, zum anderen eine Antwort der Antragsgegnerin, die sich

wie die Bezugsfrage lediglich auf den Zeitpunkt der Vorlage des Nachweises der Zertifizierung bezieht.

- Auch die Ausführungen der Antragstellerin zu den Referenzen (S. 26 NPA) lassen den hinreichenden Schluss auf eine Rechtsverletzung nicht zu. Die diesbezügliche Darstellung ist stellvertretend für die Vorgehensweise im gesamten Nachprüfungsantrag: die Antragstellerin trifft einige allgemeine durchaus zutreffende Aussagen, um sich dann bei Konkretisierung auf die XXXXXXXXXXXX bzw. deren vermeintliches Nichteinhalten einer bestimmten Vorgabe in floskelhafte Allgemeinplätze zu verlieren („es ist nicht bekannt, dass die Beizuladende über ... verfügt“). Die abschließend angegebenen „Beweis“angebote tragen den Vortrag der Antragstellerin in keiner Weise. Insoweit drängt sich die Frage auf, was die immerhin anwaltlich vertretene Antragstellerin umtreibt, derlei irreführenden Vortrag zur Erreichung ihrer Ziele einzusetzen.

- Gleichfalls spekulativ ist der Vortrag der Antragstellerin zu der Anforderung der zehn Vollzeitmitarbeiterstellen. Der Verweis auf die Seite XING verfängt schon deswegen nicht, da bereits nicht erkennbar ist, ob sämtliche Mitarbeiter der XXXXXXXXXXXX dort Mitglied sind (und im Zweifel davon auszugehen ist, dass dieses nicht der Fall ist). Dieses wäre aber Voraussetzung, um den Vortrag der Antragstellerin überhaupt einer weiteren seriösen Prüfung unterziehen zu können. Dieses wie insbesondere auch die nachfolgende Behauptung („darüber hinaus ist davon auszugehen, dass die Beizuladende nicht über ... verfügt“) findet in den „Beweis“angeboten keinerlei Stütze.

3. Schließlich entbehrt auch die Behauptung, die XXXXXXXXXXXX sei am Vergabeverfahren unzulässig beteiligt worden (vgl. Nachprüfungsantrag S. 28 - 33) einer Substantiierung und beruht auf bloßen Spekulationen.

Die Zusammenarbeit der XXXXXXXXXXXX mit der Antragsgegnerin zugehörigen Zentren bzw. MVZs trägt einen solchen Schluss nicht.

Auch die Ausführungen zur behaupteten Projektantenstellung der XXXXXXXXXXXX (S. 28 ff NPA) sind zwar gleichfalls breit angelegt, entbehren jedoch nichtsdestotrotz einer Substantiierung.

- Der Vortrag der Antragstellerin macht deutlich, dass der wettbewerbswidrige Vorsprung (S. 28 NPA) sowie das „Maß an Einfluss auf die Vergabeunterlagen“ (S. 29 NPA) zunächst in den Raum gestellt wird, als ob diese bereits belegt seien. Die – im Übrigen nicht gerügte – Lokalisierung der Infrastruktur ausschließlich in Deutschland vermag in keiner Weise den Vorwurf der Antragstellerin zu substantiieren. Die zum Beweis angeführten Fundstellen erläutern lediglich die Anforderung, untermauern jedoch in keiner Weise den erhobenen Vorwurf.

- Auch die anschließenden Ausführungen zur Mitgliederzahl (S. 29 NPA) stellen eine bloße Spekulation dar, die in keiner Weise auch nur im Ansatz zu belegen imstande ist, die Ausschreibung sei auf die XXXXXXXXXXXX zugeschnitten gewesen. Auch zu diesem Aspekt tragen die „Beweis“angebote der Antragstellerin den erhobenen Vorwurf in keiner Weise.

- Gleiches gilt für die Servicezeiten, bei denen im Übrigen auch die XXXXXXXXXXXX über das Mindestmaß hinausgeht.

- Ebenso weit hergeholt erscheint der Verdacht auf Einflussnahme aufgrund der Beschränkung der Benutzerhilfe auf die Sprachen Deutsch und Englisch, welche die XXXXXXXXXXXX anbietet; der „Beweis“ belegt hier gerade nicht den erhobenen Vorwurf, sondern nur das Bestehen der Anforderung, um die es thematisch geht.
- Von weiteren Aspekten, welche die Antragstellerin für zentral bedeutsam hält (S. 30/31 NPA), behauptet die Antragstellerin ohne jeden Beleg, die XXXXXXXXXXXX könne diese nicht erfüllen. Der angebotene „Beweis“ trägt diesen Vortrag nicht.
- Schließlich sind auch die Ausführungen zur angeblich „unzulässigen Einflussnahme“ (S. 31/32 NPA, dort d) rein spekulativer Art. Inwieweit sich aus der Änderung der Antwort auf eine Bieterfrage zu den Referenzen Anhaltspunkte für einen laufenden Einfluss der XXXXXXXXXXXX auf die Antragsgegnerin während des Vergabeverfahrens ergeben sollen, macht der entsprechende Vortrag der Antragstellerin nicht deutlich. Für die Annahme, die Konkretisierung bzw. Abänderung begründe eine Einflussnahme der XXXXXXXXXXXX, nur weil sich für diese, und auch das nur möglicherweise, ein Vorteil daraus ergibt, trägt die Antragstellerin nichts Belastbares vor. Die als Beweis angegebenen Quellen tragen den Vorwurf ausdrücklich nicht. Es ist im Gegenteil vielmehr bereits fraglich, ob der behauptete Widerspruch überhaupt besteht, wenn die Antragsgegnerin unter dem 03.02.2017 klarstellt, dass die Referenzen ein Gesamtvolumen von mindestens 500.000,-- € pro Jahr haben sollen und unter dem 17.02.2017 weiter klarstellt, dass sich das Volumen nicht pro Referenz verhält. Letzteres entspricht gerade der „Checkliste Unterlagen zur Beurteilung der Leistung“, in der ausdrücklich auf das Gesamtvolumen der Referenzleistungen abgestellt wird. Dass es sich nunmehr um eine Anforderung an den Mindestumsatz der Bieter handeln soll, wie die Antragstellerin meint, erschließt sich nicht. Vor diesem Hintergrund erscheint der Vorwurf der Einflussnahme umso mehr aus der Luft gegriffen.

Wie die vorstehenden Ausführungen in Gänze deutlich machen, ersetzt ein Vortrag, auch wenn er noch so breit angelegt ist, nicht die fehlende Substantiierung, die der Ausgangspunkt und gleichermaßen die Eingangsvoraussetzung für jede sich anschließende Rechtsprüfung ist. Ebenso wird ein Beweismittel nicht zu einem solchen, wenn man es nur halt so bezeichnet. Gerade letzteres macht der vorliegende Nachprüfungsantrag nachgerade deutlich. Die nähere Konkretisierung des Antrags durch harte Fakten ist jedoch erforderlich (Byok in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. 2005, § 108 Rnr. 1002), nicht zuletzt, um auf diese Weise zu vermeiden, dass die Wirkkraft der Vergabekammern durch Vortrags- bzw. Verteidigungsstrategien wie jene der Antragstellerin in vollständig unnützer Weise und über jedes gebotene Maß gebunden wird. Die massive Deklaration von Beweismitteln, die sich bei der zwangsläufig erforderlichen Überprüfung jedoch in keiner Weise als solche herausstellen, stellt eine irreführende Vorgehensweise dar, durch welche der Anschein hervorgerufen wird, die aufgestellten Behauptungen seien durch die Beweisangebote belegbar. Ein derartiger Vortrag ist nicht geeignet, den Anforderungen an einen substantiierten Nachprüfungsantrag im Sinne von § 161 Abs. 2 GWB Genüge zu leisten.

Nochmals weist die Kammer darauf hin, dass der Antrag nicht übermittlungsfähig war, ihr zwecks Wahrung des Primärrechtsschutzes jedoch keine andere Alternative verblieb als den Antrag zunächst den Vorgaben des GWB gemäß zu übermitteln. Ob die Antragstellerin mit der Erreichung dieses Ziels gut beraten war, wird sie selbst zu

entscheiden haben. Unterm Strich ist jedenfalls zu konstatieren, dass das Nichtbenennen von – hinreichenden und nicht auf Ausforschung angelegten – Beweismitteln gerade in der gegenständlichen quantitativen Fülle lediglich belegt, dass der Antragstellerin für ihre Behauptungen gerade keinerlei tatsächliche Beweismittel zur Verfügung standen bzw. bekannt waren.

Die vorstehenden Ausführungen betreffen uneingeschränkt auch jene Einwände, welche die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 12.05.2017 diesbezüglich ergänzend nachgetragen hat. Welche konkreten Schlüsse aus der Mail eines Mitarbeiters der Antragsgegnerin vom 29.09.2016 herzuleiten sein sollen, wie diese Mail überhaupt zu verstehen sein bzw. welche Aussage mit ihr getroffen werden soll, erschließt sich bereits nicht und wird von der Antragstellerin auch nicht dargetan. Ebenso vermag das youtube-Video des angestellten Arztes (im Übrigen bereits vorgelegt als Anlage ASt 28) keinerlei vergaberechtliche Relevanz zu begründen. Das Einstellen von Filmen auf der Videoplattform unterliegt insoweit keinen Restriktionen, jedenfalls keinen vergaberechtlicher Art.

Somit sind auch diesem Vortrag keine konkreten Anhaltspunkte für ein vergaberechtes Zusammenwirken der Antragsgegnerin mit der XXXXXXXXXXXX zu entnehmen.

Auch bei den Nachträgen handelt es sich mithin nicht um geeignete Beweisangebote.

4. Der Antrag auf Einsichtnahme in die Vergabeakten des Antragsgegners gemäß § 165 GWB war infolge der Unzulässigkeit des Antrags zurückzuweisen.

Insoweit folgt aus der Sicherung effektiven Rechtsschutzes zunächst, dass dem Antragsteller bei einem unzulässigen Nachprüfungsantrag kein Akteneinsichtsrecht oder ein solches nur in dem Umfang zusteht, in dem die Vergabeakten zur Beantwortung der Zulässigkeitsfrage eingesehen werden müssen (vgl. Byok in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Aufl., § 111 Rnr. 6²; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschlüsse v. 12.12.2001 – Verg 19/01 – und 19.12.2000 – Verg 10/00; Verg 07/00). Dabei darf ein Akteneinsichtsrecht gerade nicht dazu führen, dass ein von vornherein unzulässiger Antrag erst im Wege der Akteneinsicht substantiiert werden würde.

III.

Der unterlegenen Antragstellerin fallen gemäß § 182 Abs. 3 S. 1 GWB die Verfahrenskosten zur Last. Auslagen sind nicht entstanden.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 182 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer, insbesondere unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Angebotspreis der Antragstellerin zugrunde gelegt und sich bei der Bestimmung an der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes orientiert.

² § 111 GWB a. F. ist wortlautidentisch mit § 165 GWB n. F.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war erforderlich.

Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen (OLG Celle, Beschluss vom 09.02.2011 - 13 Verg 17/10; OLG Dresden, Beschluss vom 30.09.2011 - Verg 7/11). Entscheidend ist dabei, ob der Antragsgegner unter den konkreten Umständen des Falls selbst in der Lage gewesen wäre, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (BGHZ 169,131). Grundsätzlich muss der Auftraggeber in einem Fall, in dem sich die Streitpunkte auf auftragsbezogene Fragen einschließlich der dazu gehörenden Vergaberegeln konzentrieren, die erforderlichen Sach- und Rechtskenntnisse in seinem Aufgabenbereich organisieren und bedarf auch im Nachprüfungsverfahren keines anwaltlichen Bevollmächtigten (OLG Brandenburg, Beschluss vom 11.12.2007, Verg W 6/07). Maßgeblich sind die objektiv anzuerkennenden Erfordernisse im jeweiligen Einzelfall anhand einer ex ante-Prognose. Treten indes weitere nicht einfach gelagerte Rechtsfragen hinzu, kann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig sein.

Vorliegend ging es um eine Vielzahl von Fragen, die sich mit den Vergabebestimmungen und deren vermeintlich vergaberechtswidriger Anwendung auseinandersetzen, letzteres im Kontext der behaupteten Bevorzugung der XXXXXXXXXXXX. Unabhängig von der oben dargestellten letztendlichen Haltlosigkeit sämtlicher Vorwürfe wird man der Antragsgegnerin die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten bereits mit Blick auf jene Umstände nicht absprechen können, welche bereits die Kammer praktisch daran hinderten, den Nachprüfungsantrag *nicht* zu übermitteln. Wenngleich sich der gesamte Vortrag im Ergebnis als nichtig herausstellte, ist es aus Sicht der Kammer mit Blick auf die zunächst verkomplizierte und ausgeweitete Darstellungsweise der Antragstellerin unbedingt geboten, die Erforderlichkeit der Hinzuziehung der Rechtsanwälte für die Antragsgegnerin zu bejahen.

Insoweit gilt der allgemeine Grundsatz vorliegend umso mehr, demgemäß die Vergabekammer davon ausgeht, dass ein Antragsgegner zum Zeitpunkt der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens schwerlich die weitere Entwicklung des Verfahrens, so z.B. nach Gewährung von Akteneinsicht, absehen kann und daher auf Grund der kurzen in Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer geltenden Fristen im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens frühzeitig bestrebt ist, das Vergabeverfahren durch Inanspruchnahme fachkundigen Rechtsrates zügig voranzutreiben, um es zu einem zeitnahen Abschluss zu bringen. Letztlich kommt hier diesbezüglich das Gebot der Waffengleichheit zum Tragen.

Schließlich tritt vorliegend noch hinzu, dass ein weiterer rechtlicher Gesichtspunkt im laufenden Nachprüfungsverfahren zutage trat, nämlich der potentielle Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin aufgrund eines vermeintlichen Verstoßes gegen geltendes Datenschutzrecht sowie aufgrund inhaltlicher Unklarheit des Angebots infolge der im Zusammenhang mit der Patientendatenübertragung angebotenen Leistungsvarianten. Wenngleich diese Gesichtspunkte aufgrund der konkreten rechtlichen Bewertung des Nachprüfungsverfahrens durch die Kammer auf das vorliegende Ergebnis keine Auswirkungen (mehr) hatten, wird man sie für die Frage der Erforderlichkeit der Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin eben-

falls nicht außer Acht lassen können, was die diesbezügliche Bewertung ergänzend untermauert.

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Antragsgegnerin war im Ergebnis daher notwendig.

IV.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit dieser Zustellung beginnt, schriftlich beim Kammergericht, Eißholzstr. 30/31, 10781 Berlin, einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Vorsitzende

Hauptamtl. Beisitzer

Ehrenamtl. Beisitzer

XXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXX